CIRCULAR INFORMATIVA Nº 35/2024

06/11/2024

Resumen de las principales conclusiones expuestas en la Mesa del Congreso de Juego de Castilla y león sobre "Protección de datos en el ámbito del juego. Tratamiento de datos biométricos"

Estimado amigo:

En el reciente Congreso de Juego de Castilla y León, celebrado los días 29 y 30 de octubre en la ciudad de Ávila, se dedicó una de las Mesas a un asunto de bastante actualidad y que está teniendo una incidencia importante en el sector (afectando de una manera más específica a los establecimientos de juego), como es el del **USO DE DATOS BIOMÉTRICOS PARA EFECTUAR LOS CONTROLES DE ACCESO A LOS ESTABLECIMIENTOS Y ACTIVIDADES DE JUEGO**, abordándose este asunto desde la perspectiva del derecho fundamental de las personas a su privacidad y a la protección de sus datos, que se contempla en el artículo 18 de la Constitución y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

En esta mesa, que fue moderada por la Directora General de Tributos y Ordenación del Juego de Castilla-La Mancha, Dª Susana Pastor Pons, intervinieron los siguientes ponentes:

◈ **D. JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS**, **Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad CEU San Pablo y exdirector de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)**.

En su intervención, el Sr. Piñar Mañas comenzó señalando que en las actividades de juego se manejan datos personales sensibles que, por tanto, han de ser objeto de protección por parte de la AEPD, que tiene como misión proteger la privacidad de las personas.

Con la llegada de la tecnología y el creciente uso de datos biométricos como medio de identificación de las personas, la AEPD elaboró una guía que ha generado mucha controversia, sobre todo desde el punto de vista de determinar su naturaleza jurídica.

En la normativa actual, las empresas se autorregulan sobre como manejan y administran los datos. Esto genera flexibilidad, pero también inseguridad, porque luego hay que demostrar que se ha hecho una administración y un uso adecuado de esos datos. Por eso, la AEPD elabora guías como la comentada, en las que se muestra cómo interpreta este organismo este uso de datos en ciertos casos.

La AEPD tiene capacidad normativa (como se reconoce en el artículo 55 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales), habiendo hecho ya uso de ella en varias ocasiones y habiendo sido ello reconocido y validado por el Tribunal Supremo. Sin embargo, para el uso de esa capacidad normativa la AEPD se tiene que someter a los procedimientos y trámites establecidos para la elaboración de disposiciones de carácter general, cosa que no se ha hecho en el caso de la guía comentada, ya que no ha habido trámite de audiencia, ni se han solicitado informes, ni se ha publicado en el BOE, … Por ello, la consideración de esta guía como disposición de carácter general adolecería de nulidad

de pleno derecho. Es más, si se considerase que la guía es un acto administrativo, la conclusión sería la misma, ya que, para éstos, también se precisa la audiencia a los interesados.

Al margen de ello, la guía es muy controvertida también por su contenido, porque viene a establecer que, ni aún con el consentimiento expreso, se puede admitir el uso de datos biométricos, exigiendo que se ofrezcan alternativas menos invasivas. En su opinión, el consentimiento explícito debería ser válido y suficiente para permitir el uso de datos biométricos.

◈ **D. JUAN ANTONIO HERNÁNDEZ CORCHETE (Profesor de Derecho Administrativo y exletrado del Tribunal Constitucional)**.

Comenzó su intervención señalando que la protección de datos es un asunto complejo y comentando que el consentimiento en el uso de datos biométricos está en horas bajas, algo que considera una mala noticia. Argumento lo anterior señalando que se han endurecido tanto las exigencias para admitir ese consentimiento que hace que el mismo deje de ser determinante.

Considera que la guía de la AEPD es un claro ejemplo de lo anterior, porque, para asegurarse de que el consentimiento es libre, señala que se debe dar una alternativa menos gravosa, para luego decir que como existe esa alternativa se debe dar prioridad a la misma. Pone el ejemplo de Meta (Facebook, …). Para hacer uso de esa red social se tiene que aceptar el consentimiento de las condiciones de uso. Al exigírsele una alternativa, se pone que el que no acepte tiene que pagar una pequeña cantidad, pero posteriormente esta es una alternativa que es rechazada tanto por el TJUE como por el Comité Europeo.

Considera que esta tendencia general no es conforme con lo que dispone el artículo 9 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en el que limita el alcance del consentimiento para unos determinados casos expresamente previstos, por lo que en los casos no prohibidos ese consentimiento sería perfectamente posible, válido y debiera ser suficiente.

En ese artículo 9 se dice que *"el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico"*, por lo que, al no estar incluido el juego en estos supuestos, entiende que el consentimiento del interesado debería ser suficiente para dar validez al uso de estos datos.

Esta conclusión entiende que debería ser aplicable al uso de datos biométricos. Si uno da su consentimiento se podrían utilizar estos datos para controlar el acceso a un establecimiento de juego si lo establece una ley y se justifica esta exigencia. Otra cosa diferente sería imponer como obligatorio y como único medio de acceso esa identificación biométrica.

☞ Como resumen de estas dos intervenciones se puede decir que:

> **Ambos ponentes coinciden en criticar la guía emitida por la AEPD, tanto por la forma en que se ha elaborado** (que la priva de la consideración de disposición de carácter general e incluso de acto administrativo), **como por su contenido, porque niega relevancia al consentimiento del interesado a la hora de regular la utilización de datos biométricos, exigiendo que se establezcan y que se le dé prioridad a otros métodos alternativos menos invasivos**.
>
> En su intervención final, a preguntas de la moderadora, ambos ponentes consideraron que no se podría admitir **la obligación de uso de datos biométricos para acceder a un establecimiento de juego** ni siquiera si esta obligación se estableciese (argumentando motivos de salud o de seguridad) en una ley autonómica, ya que, al tratarse de un derecho fundamental, esa obligación **solo podría establecerse (por motivos que estuviesen debidamente justificados) mediante una ley orgánica**.

Sobre las intervenciones de los otros dos participantes de esta mesa se pueden destacar, como datos más reseñables los siguientes:

◈ **D. DANIEL CHOLIZ DEL JUNCO (Abogado de Deloitte).**

Comenzó su intervención señalando que es muy difícil conocer la normativa de protección de datos. Y, por ello, las empresas tienen dificultades para interpretarla y para cumplirla.

El reglamento europeo de protección de datos no dice cómo tienen que actuar las empresas, pero luego controla como actúan, lo que crea inseguridad, ya que las empresas no tienen certeza absoluta de que las medidas que han implementado para el uso y custodia de esos datos serán luego admitidas como válidas.

Destaca que la AEPD es muy restrictiva en lo que se refiere al uso de datos biométricos y, al igual que los ponentes anteriores, considera que la imposición de la obligación de uso de datos biométricos para cualquier actividad (como es el caso del control de acceso a los locales de juego) solamente podría establecerse mediante una ley orgánica, no siendo posible hacerlo mediante una ley ordinaria ni estatal ni autonómica.

Si se admitiese como válido el consentimiento no haría falta una Ley, pero el problema es que la AEPD no admite como válido y suficiente ese consentimiento.

◈ **Dª. LEIRE ARBONA PUÉRTOLAS (Directora del departamento legal de Véridas).**

Centró su intervención en explicar cuestiones tecnológicas sobre el funcionamiento de los sistemas actuales de reconocimiento mediante datos biométricos, afirmando que para regular bien se tendría antes que conocer bien el funcionamiento de la tecnología que se utiliza.

Nadie pone en duda que la biometría es el único mecanismo que nos asegura la identidad de la persona con la que estamos tratando, evitando los casos de suplantaciones realizados mediante documentaciones ajenas o falsificadas.

Desde que se publicó la guía de la AEPD se han tratado de entender los motivos por los que se ha llegado a las conclusiones tan restrictivas que se establecen en la misma, entendiéndose que la causa de esa posición sería que la cesión de datos biométricos sería algo irrevocable. Una contraseña se puede cambiar, pero la biometría no.

Sin embargo, esto ahora ha cambiado, y los sistemas de identificación biométrica han evolucionado de unos sistemas que se basaban en los rasgos físicos de la persona a otros sistemas que funcionan en base a comparación, dedicando parte de su intervención a explicar técnicamente el funcionamiento de estos sistemas, destacando que los datos obtenidos son inservibles para otros fines para los que se quisieran utilizar los mismos

---

En definitiva, la posición general de todos los intervinientes en esta mesa fue la de criticar la posición tan restrictiva establecida en la guía publicada por la AEPD, que, dejando al margen sus irregularidades procedimentales y el alcance y validez de la misma como instrumento jurídico, pone de manifiesto una rigidez excesiva a la hora de admitir el uso de datos biométricos, hasta el punto de negar que el consentimiento de los interesados sea suficiente para poder utilizar tales datos como instrumento de identificación.

Esperando que este asunto resulte de tu interés, aprovecho para hacerte llegar un cordial saludo,

Fdo. Jesús Mª Molina del Villar.
Secretario General Técnico.